



INFORME /2017, DE LA COMISIÓN PERMANENTE DE LA JUNTA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE NAVARRA, SOBRE LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE DESINDEXACIÓN EN LA COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA Y LA POSIBILIDAD DE MODIFICAR UN CONTRATO.

La Comisión Permanente de la Junta de Contratación Pública, en sesión celebrada el día 27 de septiembre de 2017, aprobó por unanimidad, el siguiente informe:

ANTECEDENTES

El día 12 de junio de 2017 tiene entrada en el registro General Electrónico del Gobierno de Navarra, con recepción en el registro de la Junta de Contratación el día 15 de junio de 2017, escrito firmado por el Alcalde de Pamplona en el que se expone lo siguiente:

Visto lo anterior, se formulan las cuestiones que a continuación se señalan:

1.- Si la nueva normativa estatal sobre revisión de precio de los contratos del sector público es plenamente aplicable a las entidades locales de Navarra.

2.- Si es posible revisar los costes de mano de obra conforme a la variación que experimentan los mismos en el convenio colectivo que resulte aplicable, con el límite recogido en el artículo 5 del Real Decreto 55/2017, o en caso contrario qué índices específicos de precios o precios individuales podrían utilizarse para incluir en la revisión las variaciones de los costes de mano de obra.

3.- Si, en relación con el contrato de servicio de limpieza viaria del Ayuntamiento de Pamplona, licitado con antelación a la aprobación del Real Decreto 55/2017 es posible llevar a cabo una modificación de la cláusula de revisión de precios que rige el contrato, para permitir trasladar a la fórmula de revisión prevista en el pliego, las variaciones de los costes de mano de obra, de acuerdo con los supuestos y límites establecidos en el citado Real Decreto.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

PRIMERA.- De conformidad con lo previsto en el artículo 8 apartado b) del Decreto Foral 236/2007, de 5 de noviembre, por el que se regula la Junta de Contratación Pública de Navarra y los procedimientos y registros a su cargo, la solicitud de informe ha sido presentada por órgano legitimado.

SEGUNDA.- Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con el artículo 208.4.c) de la LFCP, la Junta es competente para informar sobre cuestiones que atañen a la contratación pública y se sometan a su consideración. Por lo tanto las dos primeras cuestiones de la solicitud encajan dentro del ámbito objetivo de actuación de la Junta de Contratación Pública de Navarra. En relación con la tercera de ellas es preciso llevar a cabo una abstracción de la cuestión de interés que general que subyace.

TERCERA.- Entrando ya en el contenido de la consulta, es necesario afrontar las tres preguntas formuladas.

I. Sobre la aplicabilidad de la Ley de desindexación de la economía y su normativa de desarrollo a las Entidades Locales de Navarra.

Para resolver esta cuestión es necesario conocer el título competencial en virtud del cual se aprueban tanto la Ley 2/2015, de 30 de marzo de desindexación de la economía española (en adelante LD) como el Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, por el que se desarrolla la misma (en adelante RD). La respuesta viene dada por las mismas normas, en cuya Disposición Adicional Quinta, y Disposición Final Primera, respectivamente, se cita el artículo 149.1.13 de la Constitución Española, que

atribuye al Estado la competencia exclusiva en la fijación de las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica.

Esta previsión constitucional encaja perfectamente y se ve recogida en la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (LORAFNA), que al amparo de la Disposición Adicional Primera de la propia Constitución, recoge las facultades y competencias de la Comunidad Foral. En particular, el artículo 56 de la LORAFNA señala *“De acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general y de la política monetaria, crediticia, bancaria y de seguros del Estado, corresponde a la Comunidad Foral de Navarra en los términos de los pertinentes preceptos constitucionales la competencia exclusiva en las siguientes materias: a) planificación de la actividad económica...”*.

Por lo tanto, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 40 de la LORAFNA, Navarra tiene competencia legislativa en materia de planificación de la actividad económica, de acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general, y además, según lo establecido en el apartado 3, segundo párrafo del mismo artículo, el Derecho estatal es aplicable de forma supletoria en defecto de Derecho Propio.

Dado que la Comunidad Foral no ha ejercido su competencia en esta materia, resulta manifiesto que tanto la LD como el RD que la desarrolla, resultan aplicables en la Comunidad Foral y por lo tanto en sus Entidades Locales.

II. Sobre la posibilidad de contemplar la variación del coste de mano de obra del convenio colectivo aplicable.

La respuesta a esta cuestión se contiene en el propio texto de la LD en cuyo artículo 4.2 segundo párrafo *in fine*, se establece *“Dichas revisiones podrán incluir la variación de los costes de mano de obra en los supuestos y con los límites expresamente previstos en el Real Decreto a que se refiere el apartado siguiente”*. Dado que el Real Decreto a que se remite este artículo es el RD ya mencionado anteriormente habremos de examinar cuáles son los supuestos y límites que contempla.

El artículo 7.3 RD establece la posibilidad de incluir el coste de la mano de obra en las revisiones de precios siempre que la mano de obra sea un coste significativo, lo que de acuerdo con el apartado 2 segundo párrafo del mismo artículo, exige que represente al menos el 1% del valor íntegro de la actividad.

Por otra parte, el artículo 8.4 aplicable a los contratos de obras y de suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas señala expresamente la prohibición de que las fórmulas tipo incluyan el coste de la mano de obra, prohibición que no contempla el artículo 9 del mismo RD, aplicable al resto de contratos públicos (con el resto de condiciones que establece) por lo que conforme a una interpretación sistemática, resulta que a los contratos públicos englobados en este último artículo les sea de aplicación el “régimen general” contemplado en el artículo 7.3, que según ya se ha visto, permite incluir el coste de mano de obra en la revisión de precios. A este respecto, parece que las fórmulas de revisión que vayan a utilizarse, podrán referirse al convenio colectivo aplicable en el sector de que se trate, en tanto que el mismo cumple con lo dispuesto por el artículo 2.c) LD que define el índice específico de precios como *“cualquier índice que con la mayor desagregación posible mejor refleje la evolución de los precios y que pueda ser obtenido con información disponible al público”*.

Todo lo anterior debe ser además matizado por la previsión del artículo 5 RD en el que se establece una limitación para los costes de mano de obra, relativa al incremento experimentado por la retribución del personal al servicio del sector público conforme a las Leyes de Presupuestos Generales del Estado, que en consecuencia, operará en caso de que el convenio colectivo en cuestión prevea un incremento superior al mencionado.

En cualquier caso es preciso recordar que lo anterior sólo será de aplicación en tanto que no se aprueben fórmulas tipo por parte del Consejo de Ministros, de acuerdo con lo previsto por el artículo 9.6 RD. Una vez aprobadas dichas fórmulas, serán de aplicación obligatoria.

III. Sobre la posibilidad de modificar el contrato para incluir en la revisión de precios el coste de la mano de obra.

Partiendo de la premisa de que esta Junta de Contratación no tiene competencia para pronunciarse sobre expedientes concretos, resulta necesario hacer una abstracción de la cuestión planteada para delimitar la cuestión de interés general que subyace en la consulta que se formula y que en este caso es la posibilidad de modificar el régimen jurídico de un contrato que ya ha sido formalizado.

En definitiva, se trata de dilucidar si la modificación del régimen de revisión de precios establecido en el contrato encaja dentro de los supuestos legalmente establecidos para que la Administración ejerza el “*ius variandi*”. Estos supuestos además, además, deben ser interpretados conforme a la jurisprudencia europea y ahora también conforme a lo previsto por la Directiva 24/2014 de Contratos Públicos, cuyo plazo de transposición ya ha vencido y por lo tanto goza de aplicabilidad directa.

Sobre el régimen de modificación de un contrato, debemos estar a lo que determina la normativa aplicable al momento de licitar el mismo, que junto con lo establecido en el pliego conforma el régimen jurídico que le es aplicable. Sobre la inalterabilidad de este régimen jurídico se ha escrito mucho y es antigua la doctrina al respecto, que puede resumirse en el siguiente párrafo del informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 21 de diciembre 1995, reproducido en numerosas ocasiones:

«...debe reiterarse el criterio de esta Junta de que hay que poner límites a las posibilidades de modificación de los contratos puesto que, “celebrada mediante licitación pública la adjudicación de un contrato... la solución que presenta la adjudicación para el adjudicatario en cuanto a precio y demás condiciones, no puede ser alterada sustancialmente por vía de modificación consensuada, ya que ello supone un obstáculo a los principios de libre concurrencia y buena fe que deben presidir la contratación de las Administraciones Públicas, teniendo en cuenta que los licitadores distintos del adjudicatario podían haber modificado sus proposiciones si hubieran sido concededores de la modificación que ahora se produce”

En síntesis, se puede decir que el pliego constituye lo que se denomina “*lex contractus*” y por lo tanto sus previsiones habrán de ser aplicadas íntegramente en sus propios términos. La única excepción a esta posibilidad es la modificación del contrato dentro de los límites legalmente establecidos, que en el ámbito de la Comunidad Foral de Navarra vienen recogidos en el artículo 105 de la LFCP, cuyo contenido resulta

acorde a las previsiones de la Directiva 24/2014 de contratos públicos en cuanto al régimen de modificación de los contratos. Sin necesidad de analizar minuciosamente el régimen de modificaciones del contrato, es preciso fijar nuestra atención en el límite, que con carácter general, se establece en el apartado 2 de este artículo 105 LFCP, según el cual *“los contratos podrán modificarse, siempre que no se afecte al contenido esencial del contrato...”*. Nuevamente, existe un cuerpo doctrinal sólido a este respecto y como ejemplo se puede citar el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón nº 3/2009, que resume acertadamente:

“La modificación de un contrato en vigor puede considerarse sustancial cuando introduce condiciones que, si hubieran figurado en el procedimiento de adjudicación inicial, habrían permitido la participación de otros licitadores aparte de los inicialmente admitidos o habrían permitido seleccionar una oferta distinta de la inicialmente seleccionada. Asimismo, la modificación de un contrato inicial puede considerarse sustancial cuando amplía el contrato, en gran medida a servicios inicialmente no previstos.... Por último, una modificación también puede considerarse sustancial cuando cambia el equilibrio económico del contrato a favor del adjudicatario del contrato de una manera que no estaba prevista en los términos del contrato inicial».

El precio y por extensión el régimen de revisión de precios, es sin lugar a dudas, condición esencial del contrato, y su modificación tendrá carácter de sustancial, en tanto que pueda producir una alteración de la competencia por cuanto de haberse conocido hubiera podido dar lugar a la modificación de las ofertas de los licitadores, o incluso a la presentación de otros interesados, por lo que esta modificación está vedada por el Derecho Comunitario, tal como se ha recogido en el régimen de modificaciones de la Directiva 24/2014, y por la LFCP y en consecuencia debe ser considerada una nueva contratación, que resultará ilegal en tanto que no se lleve a cabo siguiendo las exigencias de publicidad, transparencia y concurrencia establecidas por la legislación.

De acuerdo con todo lo anterior, se llega a las siguientes

CONCLUSIONES

El régimen de revisión de precios contenido en la Ley 2/2015, de 30 de marzo de desindexación de la economía española y el Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, por el que se desarrolla la misma es aplicable a las entidades locales de la Comunidad Foral de Navarra.

En tanto que no se aprueben fórmulas específicas al respecto por parte del Consejo de Ministros, en los contratos de asistencia que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 9 RD es posible contemplar la variación de precios del coste de mano de obra conforme a lo establecido en el convenio colectivo sectorial aplicable, con el límite del incremento experimentado por la retribución del personal al servicio del sector público conforme a las Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

No es posible modificar el régimen jurídico de un contrato que ya ha sido formalizado en tanto que esta modificación tenga el carácter de esencial, carácter que se da en la hipotética modificación del régimen de revisión de precios.

Pamplona, a 27 de septiembre de 2017

LA PRESIDENTA

EL VOCAL

LA SECRETARIA

Marta Echavarren Zozaya

Joseba Asiain Albisu

Silvia Baines Zugasti